

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO DECLARATÓRIO DE DÍVIDA. RENÚNCIA AO PODER DE RECORRER À ESFERA ADMINISTRATIVA.

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte

Sumário:

I. Mandado de segurança — Aspectos conceituais — II. Cabimento do mandado de segurança — Alguns aspectos — III. Ação de repetição de indébito — IV. Renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa.

1 — Mandado de Segurança — Aspectos conceituais

O mandado de segurança vem merecendo estudo aprofundado dos doutrinadores na busca de aperfeiçoar cada vez mais todos os seus ângulos, tendo em vista o alto prestígio que o referido instituto tem no ordenamento jurídico do País, por ser remédio constitucional que "visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos" (Alfredo Buzaid, "Juicio de Amparo e Mandado de Segurança", em *Estudos de Direito Processual, in memoriam do Min. Costa Manso*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1965, p. 115).

O estudo do mandado de segurança exige que se tenha um sólido conhecimento dos seus princípios, a fim de que se legitime uma estrutura pragmática com soluções que contribuam para valorizar os pendores da Ciência Jurídica.

Assim, inicialmente, invocaremos a aceitação sem controvérsia dos princípios seguintes que regem o mandado de segurança:

a) é uma ação, por tal colocada no quadro geral das ações;

b) é uma ação com finalidade específica, a de ser concedida para proteger direito líquido e certo ameaçado de ser violado, por ilegalidade ou abuso de poder, seja qual for a autoridade;

c) a característica do pronunciamento judicial que surge da ação de mandado de segurança é a obtenção de uma "execução específica, mais vigorosa do que todos os elementos de direito" (cf. Alfredo Buzaid, p. 2, Palestra proferida no Curso de Alto Nível sobre Instrumentos de Proteção aos Direitos Individuais, promovido pela Associação dos Juízes Federais do Brasil e outras entidades, S. Paulo, 29.10.79);

d) a prestação que ele garante é *in natura*, com força de recompor o relacionamento jurídico que fora violado por ato ilegal da autoridade, ou por exercício do seu poder com abuso.

Estabelecidos os pressupostos acima assinalados e passando ao largo sobre as teorias existentes sobre a natureza jurídica do mandado de segurança (a) a de Castro Nunes, de que o mandado de segurança não tem caráter declaratório; b) a de Pontes de Miranda, que defendeu ser o mandado de segurança a figura típica da ação mandamental; c) a do Juiz Eulálio de Bueno Vidigal, de que sustenta ser o mandado de segurança uma contramedida às assecuratórias cautelar e processória, tendente a anular ato emanado do Poder Público; d) a de Othon Sidou, que pensa ser o mandado de segurança caracterizado como um interdito; e e) a de Alfredo Buzaid, defendendo que o mandado de segurança pode ter, conforme a natureza do provimento jurisdicional requerido, ou um escopo meramente declaratório, ou um escopo constitutivo, ou um escopo condenatório) a nossa meditação deve pousar no art. 153, § 21, e na Lei 1.533/51, art. 1º, onde vamos encontrar a conceituação do objeto do mandado de segurança, que foi sintetizada pelo Min. Carlos Mário Velloso do modo seguinte: "Qualquer ato ou omissão de autoridade, pois, ilegal ou abusivo de poder, violador de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, sujeita-se à censura judicial através do mandado de

segurança" (in Palestra proferida no dia 15.10.79, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Curso sobre "Instrumentos de Proteção aos Direitos Individuais, o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*").

A expressão violador de direito líquido e certo merece, hierarquicamente, um registro acentuado e repetidor, com o intuito apenas de marcar cada vez mais a exata compreensão do seu sentido jurídico.

Direito líquido e certo é o que se apresenta incontestável (o adjetivo "incontestável" figurou na Constituição de 1934), isto é, que se apresenta de tal modo claro e evidente que, a um simples exame, se pode afirmar que ele é inatacável.

A conceituação da expressão direito líquido e certo no pensamento jurídico nacional passou por dois períodos: a) o primeiro que adotou um critério, simples e subjetivo para a sua caracterização e que perdurou até a Constituição de 1946; b) o segundo que, a partir da Carta Magna de 1946, recebendo a influência da doutrina e da jurisprudência, fixou-se em um critério objetivo para a determinação do que deve-se entender por direito líquido e certo.

Na primeira fase, destaca o Min. Carlos Mário Velloso, ob. já cit., p. 5, que chegou-se a entender ser direito líquido e certo aquele que "não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvida, sob o ponto de vista jurídico, ou que não oferecesse complexidade, de fácil interpretação".

Após 1946, 2ª fase (da adoção do critério objetivo), evoluíra a doutrina e a jurisprudência, fixando-se, na atualidade, o entendimento de que "direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis. Incontroversos os fatos, ao juiz caberá resolver a questão de direito, se concluir que a regra jurídica, incidindo sobre aqueles fatos, configura um direito da parte, haverá direito líquido e certo (Celso Barbi,

Do Mandado de Segurança, p. 85, *apud* "Do Mandado de Segurança", Conferência do Min. Carlos Mário Velloso, ob. já cit.).

Concluindo, resta citar, segundo a orientação dos mestres, Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, que estabeleceu de forma indubitosa o conceito de direito líquido e certo: "A liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação estreme de dúvidas, permitindo ao julgador não só apurá-lo, como verificar a violência praticada" (MS 2.942, julgado em 20.7.53, Rel. Min. Sampaio Costa, RF 152/169, *apud* Arnaldo Wald, ob. cit., p. 131).

II — Cabimento do mandado de segurança — Alguns aspectos

No estudo antecedente a este item, procuramos fixar: a) os aspectos conceituais do *writ*; b) os princípios essenciais que o regem; e c) o conceito ao direito líquido e certo.

Na seqüência do sistema imposto do nosso trabalho, peculiarizado pela síntese, vamos tentar demonstrar a hipótese de cabimento do mandado de segurança.

Mandado de segurança contra lei em tese — De imediato, cuidaremos da interposição do mandado de segurança contra a lei em tese. Vamos começar com uma pergunta: O que devemos entender por lei em tese? A resposta é dada por Francisco Campos (Parecer na RF 155/77):

A norma em tese é aquela que não produz desde logo, ou pelo simples fato de ser editada, às consequências a que ela se destina. Ela somente passa a incidir sobre os indivíduos cuja conduta pretende regular através de atos administrativos que especifiquem ou qualifiquem o destinatário do mandamento, até então concebido em termos abstratos e genéricos.

Estabelecidos tais parâmetros de entendimento sobre a lei em tese, voltamos para o objeto do mandado de segurança, que é o de

corrigir ato de autoridade, vale dizer, mais uma vez citando o Min. Carlos Mário Veloso "medida concreta de autoridade", pelo que "não há que se falar em mandado de segurança contra lei em tese, ou ato puramente normativo".

A posição assinalada é acompanhada pela quase totalidade da doutrina e estabilizada jurisprudencialmente, através da Súmula 266 do C. Supremo Tribunal Federal.

Devemos observar que o destaque acentuado foi o da existência de lei em tese, não da lei que, não obstante a sua feitura, representou verdadeiro ato administrativo, violando, logo a partir do seu nascimento, direitos individuais.

O Prof. Roberto Rosas, Doutor em Direito, Universidade de Brasília, em sua obra *Direito Sumular — Comentários às Súmulas do STF*, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 105, enfoca com precisão o assunto, mostrando a posição do STF, que aceita o mandado de segurança, quando o ato por si só, decorrente dos efeitos imediatos e diretos da lei, produz ato lesivo ao direito do empetrante.

Mandado de segurança contra ato disciplinar — Na rota seguida, vamos examinar a possibilidade de ser interposto o mandado de segurança contra ato disciplinar. A Lei 1.533, de 1951, em seu art. 5º, III, dispõe de modo categórico que:

Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

Esta é a regra. Entretanto, a questão não pode e não deve, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, ser olhada por prisma rígido, haja vista o art. 153, § 21, da Constituição Federal, que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos, conforme feliz observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Comentários à Constituição Brasileira, 1975, vol. III, p. 113. Por outro ângulo, fica vencida a proibição assinalada, também, diante do art. 153, § 4º, da nossa Carta Magna, ao dispor que qualquer lesão de direito individual será apreciada pelo Poder Judiciário, não sendo possível ao legislador impedir tal exame.

A justificar o alegado, há os ensinamentos proferidos pelo Exmo. Sr. Min. Paulo Távora, ao relatar o Mandado de Segurança impetrado pelo General Hugo Abreu, quando o problema foi colocado com absoluta e rara felicidade. Naquela oportunidade, e tendo em vista as informações, o Governo argüiu a preliminar de carência da ação mandamental com base no art. 5º, III, da Lei 1.533.

O e. Tribunal Federal de Recursos, por decisão plenária, rejeitou a preliminar, por entender que a restrição do art. 5º, III, da Lei 1.951, ficou superada pela norma constitucional superveniente (MS 85.850-DF).

Por sinal, lembra o Min. Carlos Mário Veloso, obra já citada, que o c. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 84.217-SP recebeu voto do Min. Moreira Alves, em igual sentido.

O ato judicial atacado por mandado de segurança — Há duas Súmulas do STF interpretando o art. 5º, II, da Lei 1.533, de 1951, que afirma não caber mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.

Uma é a Súmula 267, que diz:

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

A outra é a Súmula 268:

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

É intransponível a proibição que se encontra no art. 5º, II, e nas Súmulas citadas?

De acordo com os mesmos fundamentos que serviram para ser afastada a vedação do mandado de segurança contra ato disciplinar, apegam-se uma parte da doutrina e confirma a tendência jurisprudencial no sentido da admissibilidade de segurança contra decisões judiciais, desde que tenha sido violado direito líquido e certo e sejam observadas certas condições. Estas podem ser seguidas do modo seguinte, já que na presente palestra o tempo não permite indagações mais demoradas. Se o ato judicial permitir recurso com efeito suspensivo, quer seja ou não interposto, não cabe mandado de segurança, aplicando-se a Súmula 268, do STF. Situação contrária, porém, ocorrerá se o ato judicial for do tipo de que caiba recurso sem efeito suspensivo. Interposto o recurso, desde que haja lesividade e insuportabilidade do ato, deve-se permitir o mandado de segurança, a fim de que cesse a violência praticada pela autoridade até o julgamento do recurso pela superior instância. O assunto é devidamente esclarecido com a doutrina pregada pelo Min. Carlos Mário Velloso, já tantas vezes citada, o que mostra a extraordinária contribuição doutrinária que S. Exa. deu para o tema, com a elaboração do trabalho antes referido, quando afirma (p. 28):

Acrescento: há que ser examinado cada caso. Porque, segundo penso, há requisitos outros que devem ser observados, a fim de ser possível a admissibilidade do *mandamus*, como por exemplo: relevância do fundamento, lesão insuportável; possibilidade de irreparabilidade através dos meios normais de composição de danos, inclusive pela inidoneidade patrimonial do adversário a quem aproveita o ato impugnado.

Mandado de segurança contra coisa julgada — A Súmula 268, do STF, mencionada anteriormente, é muito clara. Sobre os seus efeitos, lembra a lição do Prof. Roberto Rosas, ao comentá-la: "Seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário" a admissão do mandado de segurança contra a coisa julgada.

Casos de mandado de segurança na lei de parcelamento de solo

1. Introdução.

Em rápidas palavras, tentaremos justificar a sanção, pelo Poder Executivo, da Lei 6.766, de 19.12.79, que regulamentou o parcelamento do solo urbano e que pune com prisão e multa os responsáveis por loteamentos clandestinos e irregulares.

Desde o ano de 1960, em face do desenvolvimento do solo urbano, toda a nação clamava por uma nova lei federal de loteamento, face à desatualização do Dec. lei 58, de 10.12.37. Este estava distanciado da realidade social presente. Não continha previsão de procedimentos urbanísticos mínimos que trouxessem ordem aos loteamentos, bem como, não dispunha de normas que orientassem os Estados e os Municípios no tratamento da urbanização das suas cidades. Por outro lado, não impunha nenhuma responsabilidade ou função aos loteadores clandestinos, facilitando, assim, a ação dos inescrupulosos.

Na Lei 6.766, de 19.12.79, podemos destacar as seguintes inovações:

a) o parcelamento do solo urbano é um gênero de que são espécies o loteamento e o desmembramento; b) o estabelecimento de requisitos urbanísticos mínimos para loteamento e desmembramento; c) permissibilidade aos estados e aos municípios de legislar complementarmente, estabelecendo outras exigências para melhor adaptação às peculiaridades regionais e locais; d) regras que protegem os compradores de lotes e que tornam mais fácil a transferência dos mesmos; e) imposição de sanções aos loteadores irregulares, tipificando os crimes cometidos; f) determinação de que os contratos de compra e venda, das cessões e promessas de cessão são irretratáveis, atribuem direito à adjudicação compulsória e, estando averbados, atribuem direito real oponível a terceiros.

Fugindo das inovações estabelecidas, vamos nos fixar na possibilidade de impetração de mandado de segurança como exposto na lei questionada.

No art. 2º da Lei 6.766, de 19.12.79, há a disposição seguinte:

O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

A pergunta que se formula é: Prospera mandado de segurança interposto contra uma lei estadual ou municipal que, de modo complementar, exige, para aprovação de projeto de loteamento, que os lotes tenham no mínimo 600m², com a finalidade de garantir a horizontalidade da propriedade habitacional? A resposta é negativa. A lei estadual ou municipal que exigir tal requisito e se encontra amparada pelo parágrafo único do art. 1º e os seus efeitos são de natureza genérica, obrigando a todos da região estabelecida. Não fere, conseqüentemente, direito individual líquido e certo.

A mesma conclusão não seria afirmada com tanta positividade se a questão envolvesse uma lei que proibisse de modo determinado ao cidadão de parcelar a sua propriedade, extrapolando os limites do art. 3º, I, da Lei 6.766, de 19.12.79.

No caso, haveria um ato concreto oriundo da lei, ferindo, em tese, direito líquido e certo de alguém.

Uma segunda questão

— A lei exige requisitos urbanísticos básicos mínimos imprescindíveis, que deverão ser atendidos pelos loteamentos. Os pontos extremos se encontram fixados no art. 4º da norma específica (Lei 6.766, de 19.12.79).

A indagação que se faz é: Se, embora atendidos, rigorosamente, os requisitos mínimos para o loteamento for rejeitado o projeto de loteamento, qual a medida cabível?

Trata-se de se examinar a natureza da permissibilidade contida no art. 2º da Lei 6.766, de 19.12.79, quando declara: "O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes". A meditação inicial repousa na expressão "O parcelamento do solo urbano poderá ser feito...", com destaque para o verbo poderá, que significa ter a faculdade de fazer alguma coisa.

Foi com o sentido de faculdade que o legislador empregou o verbo, destacando que se refere ao direito de lotear o solo?

Uma pausa demorada no art. 2º nos leva a caminhos outros que os refletidos pela letra da lei. Não há conteúdo de faculdade no "poderá" inserido pelo legislador no tocante ao parcelamento do solo. Este é um direito ao proprietário que se reveste de garantia constitucional positivada no § 22, art. 153, da nossa Carta Magna:

É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

É direito do proprietário, também, em decorrência do art. 524 do Código Civil, que dita:

A lei assegura ao proprietário direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

É bem verdade que o direito assinalado é exercido sob o impulso do princípio contido no art. 160, III, da Constituição Federal, que revela a função social da propriedade, o que em nada altera o instituto do parcelamento que a ela tem de se adequar.

O "poderá" existente no art. 2º da Lei 6.766, de 19.12.79, relaciona-se tão-somente com a forma de parcelamento. É uma faculdade, afirmamos agora, porém, a ser usada pelo proprietário que poderá parcelar sua propriedade mediante loteamento ou desmembramento, isto é, por dois modos.

Em face das pretensões lançadas, firma-se a conclusão de que constitui ato ilegal capaz de ferir direito líquido e certo do particular proprietário a rejeição de projeto de parcelamento do solo que contenha os requisitos mínimos estabelecidos pelo art. 4º da Lei 6.766, de 19.12.79, e os impostos por legislação estadual ou municipal. A concessão do mandado de segurança se impõe se o pedido for feito no prazo legal (120 dias).

Uma terceira questão se apresenta para debate

Decorre dos limites determinados pelo art. 3º da Lei já tantas vezes citada. A regra é: "somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidos por lei municipal". E se a lei municipal desvirtuar o princípio ali contido, considerando zonarural a que, por todas as suas características de estrutura, povoamento, limites, apresentação urbanística, etc., deva ser considerada zona urbana.

Não encontramos solução através da medida excepcional do mandado de segurança. Trata-se mais de um aspecto político da lei que, se não violar normas estabelecidas na Constituição Estadual e na Lei Orgânica dos Municípios, tende a ter a sua vigência reconhecida. A única exceção a ser admitida é se a lei municipal considerar, por exemplo, como zona rural, somente a propriedade de pessoa determinada que possua

caracteres de zona urbana. O mandado de segurança é cabível, por solucionar o conflito. Trata-se de lei com determinações concretas e individuais.

A quarta e última questão que apresentamos para debate, tem sua origem no art. 5º da Lei 6.766, de 19.12.79

É ilimitada a competência que tem o Poder Público para exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos? A resposta nos parece ser pela negativa, pois, se aceitássemos a ilimitação, nos depararíamos com a possibilidade de ser cometido ato de autoridade considerando vultosa faixa do loteamento como faixa *non aedificandi* de modo que o empreendimento privado se torna antieconômico e inviável.

No caso de se positivar ato de tal natureza, o mandado de segurança poderá ser a via eleita para anular o ato respectivo, tendo como base o parágrafo único do art. 5º da lei mencionada, que só permite a fixação de faixa *non aedificandi* para a instalação dos equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado. A única dificuldade que se apresenta é a necessidade de todos os fatos serem provados, estreme de dúvidas através de documentos.

III — Ação de repetição de indébito

1. É um assunto que será tratado, unicamente, através das suas linhas mestras, tendo em vista que a investigação sobre os seus vários ângulos não pode ser satisfatoriamente em alguns minutos de uma palestra.

A ação de restituição de indébito tributário ou de repetição de indébito é cabível quando o contribuinte paga indevidamente qualquer tributo.

Ela se sustenta no campo da ética-jurídica, no fundamento de que a ninguém é permitido se enriquecer sem justa causa. A máxima é

um princípio geral de direito conhecido como o da impossibilidade do enriquecimento sem justa causa.

A regra regulamentadora do pagamento indevido se encontra no art. 165 do CTN, que concede direito ao sujeito passivo de pedir a restituição do tributo pago indevidamente, independentemente de ter havido prévio protesto.

Há um segundo fundamento que inspira a ação questionada e que foi, de modo muito feliz, sintonizado por Hugo de Brito Machado, em seu livro *Curso de Direito Tributário*, p. 103, ao afirmar:

o tributo decorre da lei e não da vontade, sendo isto mesmo irrelevante o fato de haver sido pago voluntariamente. Na verdade, o pagamento do tributo só é voluntário no sentido da inocorrência de atos objetivando compelir alguém a fazê-lo. Mas é óbvio que o devedor do tributo não tem alternativas. Está obrigado por lei a fazer o pagamento.

Desnecessário seria registrar o segundo fundamento, se o nosso direito privado não caminhasse diferentemente.

Este exige para a restituição do que se pagou indevidamente, que se prove que o fez por erro (CC, art. 965).

2. O rito da ação de repetição de indébito é o ordinário. Poderá adotar a forma do procedimento sumaríssimo, se o valor da causa for igual ou inferior a 20 vezes o salário-referência maior vigente no País.

O prazo prescricional que incide sobre a ação é de cinco anos, contados, quer da data da extinção do crédito tributário, quer da data em que se tornar definitiva a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (CTN, art. 168). No tocante, ainda, ao problema da prescrição, merece ser lembrado o art. 169 do CTN, que disciplina: "Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição".

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

3. As hipóteses que permitem a procedência da ação de repetição de indébito estão catalogadas no art. 165 do CTN, a saber: a) cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorridas; b) erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; c) reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

4. No art. 166 do CTN, encontra-se estipulado que "a restituição de tributos que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la". Cuida-se, aí, dos chamados tributos indiretos. O CTN não adotou a classificação dos tributos em diretos e indiretos. Isto é matéria para a Ciência das Finanças. Entretanto, resta fixar que o tributo é direto, quando o respectivo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte; e indireto, quando esse ônus é transferido para terceiros (ver Hugo de Brito Machado, ob. cit., p. 105).

Temos, assim, que a preocupação que deve ter o autor, quando pleitear a restituição de tributos indiretos é de provar que assumiu o referido encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, se encontrar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

5. Assumindo o problema da prescrição de cinco anos para ser pleiteada a restituição, devemos lembrar que alguns autores entendem que tal prazo é de decadência, o que fazem com uma forte dose de

convencimento. Assim afirmamos, em face do conteúdo existente no art. 168 do CTN:

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I — Na hipótese dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II — na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Trata-se, não há dúvida, de extinção de direito por decurso de prazo. É decadência: instituto que atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação. Diferente de prescrição: atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado.

6. Cabe correção monetária a ser paga pelo Poder Público na devolução do tributo? Não há lei expressa regulando a matéria. Entretanto, a Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos é tranqüila ao concedê-la, ao ponto de hoje o assunto se encontrar sumulado. A Súmula 46 do TFR dispõe que:

Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada" (DJ, de 14.10.80, p. 8.144). Como referência da Súmula citada, temos o seguinte:

- Lei 4.357/64, art. 7.º
- EAC 42.641-SP (TP, 10.6.80 — DJ, 6.8.80)
- EREO 38.253-SP (TP, 14.12.79 — DJ, 6.8.80)
- EAC 26.412-RJ (2.ª S, 2.9.80 — DJ, 26.9.80)
- RR 1.475-SP (2.ª S, 26.8.80 — DJ, 18.9.80)

- EAC 39.502-SP (2.^a S, 19.8.80 — DJ, 11.9.80)
- EAC 35.972-RJ (2.^a S, 12.8.80 —DJ, 18.9.80)
- EAC 43.176-SP (2.^a S, 12.8.80 — DJ, 26.9.80)
- RR 1.574-SP (2.^a S, 19.8.80 — DJ, 13.11.80)
- EAC 40.890-SP (2.^a S, 19.8.80 — DJ, 23.10.80)
- EAC 37.206-SP (2.^a S, 12.8.80 — DJ, 18.9.80)

IV — Renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa

Não há possibilidade de se questionar a origem do instituto de renúncia ao poder de recorrer à esfera administrativa, por ausência de tempo.

O nosso propósito é examinar o assunto ao sabor do art. 39 da Lei 6.830, de 22.9.80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

O art. 39, parágrafo único, da Lei acima citada, é formado com as regras do teor seguinte:

Art. 39. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória ou ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros de mora e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

O assunto foi um dos que melhor foi colocado pelo legislador da Lei sobre Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Na verdade, o parágrafo único consagrou o entendimento firmado no contencioso administrativo de que a preferência pela discussão judicial importa em renúncia a qualquer decisão de ordem administrativa. Na

justificativa ao projeto que se transformou na lei mencionada, o Exmo. Sr. Ministro da Justiça defendeu o referido parágrafo com as seguintes razões:

De fato, nenhum dispositivo legal ou princípio processual permite a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Outrossim, pela sistemática constitucional, o ato administrativo está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este último, em relação ao primeiro, instância superior ou autônoma. Superior, porque pode rever, para cassar ou anular o ato administrativo Autônoma, porque a parte não está obrigada a percorrer, antes, as instâncias administrativas, para ingressar em Juízo. Pode fazê-lo diretamente.

Não há, a nosso ver, referido parágrafo, entendendo que ele se encontra em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e que tem uma finalidade muito salutar, que é a de evitar decisões conflitantes entre o Poder Judiciário e a órbita administrativa.

Ressalte-se que o parágrafo único só se refere às ações que estão catalogadas no *caput* do art. 39 e que são: mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida. Não é o caso de ter havido embargos à penhora, pois, nesta situação, as atribuições administrativas já se esgotaram e a questão enveredou pela chamada coisa julgada administrativa.